

POR
EL PADRE MAYOR,
Y HERMANOS DE LA CASA DE LA MISERICORDIA DESTA CIUDAD,
PATRONOS DE LA DISPOSICION

testamentaria de Iuan de la Fuente Almonte, Cavallero de la Orden de Santiago, del Consejo de Hazienda de su Mageſtad, en el Tribunal, y Cõtaduria mayor de Quentas,

CON

DON FRANCISCO DOMONTE Y ROBLEDO, Cavallero de la dicha Orden, padre, y legitimo adminiſtrador de Don Diego Domonte y Eraſo, ſu hijo, y de Doña Brigida Domonte y Eraſo, ſu primera muger, difunta.

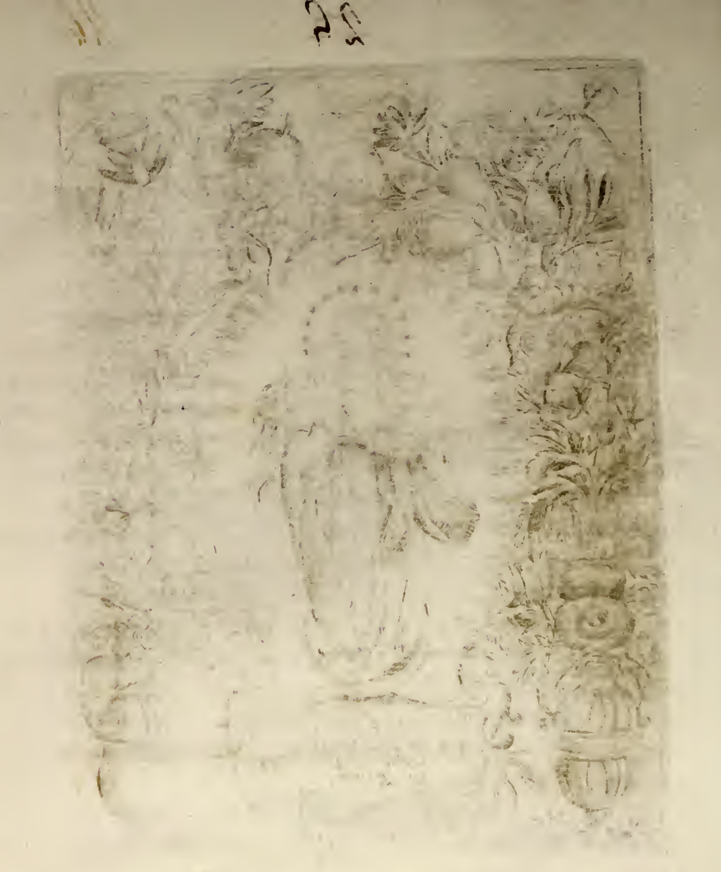


POR EL PADRE MAYOR, Y HERMANOS DE LA CASA DE LA MISERICORDIA DESTA CIVDAD, PATRONOS DE LA DISPOSICION

teſtamentaria de Iuan de la Fuente Almonte, Cavallero de la Orden de Santiago, del Conſejo de Hazienda de ſu Mageſtad, en el Tribunal, y Cõtaduria mayor de Quentas,

CON

DON FRANCISCO DOMONTE Y ROBLEDO, Cavallero de la dicha Orden, padre, y legitimo adminiſtrador de Don Diego Domonte y Eraſo, ſu hijo, y de Doña Brigida Domonte y Eraſo, ſu primera muger, difunta.



POR
EL PADRE MAYOR
Y HERMANOS DE LA CASA DE LA
MISERICORDIA DESTA CIUDAD,

PATRONOS DE LA DISPOSICION
testamentaria de Iuan de la Fuente Almonte, Cavallero de la Orden de Santiago, del Consejo de Hazienda de su Magestad, en el Tribunal, y Cõtaduria mayor de Quentas,

CON

DON FRANCISCO DOMONTE Y ROBLEDO, Cavallero de la dicha Orden, padre, y legitimo administrador de Don Diego Domonte y Eralo, su hijo, y de Doña Brigida Domonte y Eralo, su primera muger, difunta.

N. 1. E LAS OBRAS PIAS, Y DISPOSICION, que por su testamento dexò Juan de la Fuente Almonte, nombrò por Patronos, y Administradores al Padre mayor, y Hermanos de la Casa de la Misericordia desta Ciudad, instituyendo el susodicho a su anima por heredera. Y por este titulo le à tocado la defensa deste pleyto a la dicha Casa, cuyo Instituto es el executar las vltimas disposiciones de los fieles que se las encomiendan. Y aunque es verdad, que mas inmediatamente tocava la execucion del dicho testamento a los Albaceas que nombrò, como se hallen parientes de Iuan de la Fuente Almonte, y tambien del dicho Don Francisco Domonte Verastegui: la diferencia que ay de vivo a muerto, causa el que dexen cumplimiento tan proprio de su obligacion al cargo de la dicha Casa, que por no faltar a la suya (a sus expensas hasta aora) defiende este pleyto, esperando solo del Patronato de Iuan de la Fuente Almonte, lo oneroso; pues conforme a su disposicion, nada queda â arbitrio de la Casa, sino solo la carga de la execucion; porque todo lo dexa dispuesto en favor de su anima, y de sus deudos.

2 Y para inteligencia del caso es de suponer, que en 21. de Febrero del año passado de 1643. el dicho Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastegui su muger, en virtud de facultad Real hizieron Vinculo, y Mayorazgo en favor de Doña Maria Feliciana Domonte y Verastegui, su hija vnica, y de sus descendientes, y sucessores.

3 La facultad se inserta en la escritura, y es en la forma ordinaria; solo se nota la Clausula que està fol. 8. que dize assi: *Y para que vos Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastegui, en vuestra vida, o al tiempo de vuestro fin y muerte, o vos el dicho Iuan de la Fuente Almonte, alcançando de dias a la dicha Doña Maria vuestra muger, cada, y quando que quisieredes podais quitar, corregir, revocar, y enmendar el dicho Mayorazgo, y los Vinculos, y condiciones con que lo hiziereis, en todo, o en parte, y deshazerlo, y tornarlo a hazer de nuevo vna, y muchas vezes, y cada cosa, y parte de ello a vuestra libre volũtad, q̃ nos por la presente la aprobamos, &c.*

4 Hizieron, pues, en virtud desta facultad el Vinculo, marido, y muger en la dicha su hija, y en los descendientes della, sin que aya llamamiento de deudos, ni de familia, ni mencion dellos en ninguna manera; antes previniendo el caso de faltar la dicha Doña Maria Feliciana, y sus descendientes, pusieron la clausula que se sigue.

5 *Y a falta de la dicha Doña Maria Feliciana Domonte y Verastegui nuestra hija, y de sus hijos, y descendientes legitimos, o legitimados por subsequente matrimonio, y despues dellos, de los hijos naturales de sus hijos, y descendientes, en la forma referida: queremos, y es nuestra voluntad, que suceda en este Mayorazgo, y en sus bienes, y rentas la Persona, o Personas, y Obras pias, y Patronazgos que nom-*

nombraremos, y señalaremos en nuestro testamento, o testamentos, codicilo, o codicilos, o por escritura, o escrituras a parte, con las divisiones, llamamientos, instituciones, vinculos, y gravamenes, y condiciones que les pusieremos vna, y mas vezes, revocando, y alterando lo que en el caso referido vna vez, o mas hizieremos, y disponiendo, y ordenando nuevamente lo que nos pareciere; para lo qual todo reservamos en nos libre facultad, assi disponiendolo ambos juntos, como qualquiera de nosotros.

6 Y entre las Clausulas de la estampa vulgar de los Escrivanos Publicos en este genero de escrituras, en la de la reserva del vsufructo estàn las palabras siguientes, que son en las que funda todo el derecho de su hijo el dicho Don Francisco Domonte y Robledo: *Y assimismo reservamos el poderlo acrecentar, y añadir, adjudicãdo otros qualesquier bienes que quisieremos, y por bien tuvieremos, assi en nuestras vidas, como en el articulo de la muerte, en qualquier forma, y disposicion que nos pareciere. Y assimismo mudar, y revocar los dichos llamamientos que tenemos fechos, y hizieremos preferir, y posponer los vnos a los otros, y excluir los que nos pareciere, y llamar, y sustituir a las personas, obras, o lugares, y corregir las condiciones, y gravamenes que avemos puesto, sacar los bienes que tenemos aplicados, todos, o parte dellos, assi para mejorarlos, y poner otros en su lugar, como para otros qualesquier efectos, sin quedar obligados a dar otros ningunos en su lugar, gravar, o no a la dicha Doña Maria Feliciana Domonte y Verastegui nuestra hija, y a las otras personas, y sucessores, quitar, o reformar esta fundacion, o bolverla a hazer de nuevo sin dar la causa, o causas que para ello nos movieren: porque todo ello queda, y lo dexamos reservado a nuestra libre, y espontanea voluntad, lo qual avemos de poder hazer vna, y muchas vezes, con tal que lo ayamos de hazer por expressa, y particular disposicion, en que digamos, y declaremos, que queremos en lo que por ella hizieremos, corregir, o enmendar, aumentar, deshazer, o disminuir este dicho Mayorazgo, y lo hecho, y ordenado en el: porque no aviendo esta expressa, y especial declaracion de nuestra voluntad, siempre, y en todo tiempo, y acontecimiento se â de entender, que queremos estar, y passar por esta disposicion, y fundacion, y que se cumpla, y guarde lo en ella contenido, sin que por ninguna cosa que hagamos en otra forma, que no sea por expressa, y especial declaracion, se altere cosa alguna desta disposicion: y toda esta dicha facultad, y reserva que hazemos, segun, y en la forma, y con las calidades que en este capitulo, y condicion se refieren, la emos de tener ambos a dos juntos, y no el vno sin el otro: porque muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare no à de poder vsar della en manera alguna, salvo si el que muriesse primero le dexare poder especial al que quedare vivo para vsar desta facultad: porque en este caso à de poder vsar enteramente della, y hazer, y disponer todo lo que ambos a dos juntos pudieramos hazer, y disponer siendo vivos.*

No se niega por las partes, y consta por las deposiciones de algu-

nos

nombraremos, y señalaremos en nuestro testamento, o testamentos, codicilo, o codicilos, o por escritura, o escrituras a parte, con las divisiones, llamamientos, instituciones, vinculos, y gravamenes, y condiciones que les pusieremos vna, y mas vezes, revocando, y alterando lo que en el caso referido vna vez, o mas hizieremos, y disponiendo, y ordenando nuevamente lo que nos pareciere; para lo qual todo reservamos en nos libre facultad, assi disponiendolo ambos juntos, como qualquiera de nosotros.

6 Y entre las Clausulas de la estampa vulgar de los Escrivanos Publicos en este genero de escrituras, en la de la reserva del vsufructo estàn las palabras siguientes, que son en las que funda todo el derecho de su hijo el dicho Don Francisco Domonte y Robledo: *Y assimismo reservamos el poderlo acrecentar, y añadir, adjudicãdo otros qualesquier bienes que quisieremos, y por bien tuvieremos, assi en nuestras vidas, como en el articulo de la muerte, en qualquier forma, y disposicion que nos pareciere. Y assimismo mudar, y revocar los dichos llamamientos que tenemos fechos, y hizieremos preferir, y posponer los vnos a los otros, y excluir los que nos pareciere, y llamar, y sustituir a las personas, obras, o lugares, y corregir las condiciones, y gravamenes que avemos puesto, sacar los bienes que tenemos aplicados, todos, o parte dellos, assi para mejorarlos, y poner otros en su lugar, como para otros qualesquier efectos, sin quedar obligados a dar otros ningunos en su lugar, gravar, o no a la dicha Doña Maria Feliciana Domonte y Verastegui nuestra hija, y a las otras personas, y sucessores, quitar, o reformar esta fundacion, o bolverla a hazer de nuevo sin dar la causa, o causas que para ello nos movieren: porque todo ello queda, y lo dexamos reservado a nuestra libre, y espontanea voluntad, lo qual avemos de poder hazer vna, y muchas vezes, con tal que lo ayamos de hazer por expressa, y particular disposicion, en que digamos, y declaremos, que queremos en lo que por ella hizieremos, corregir, o enmendar, aumentar, deshazer, o disminuir este dicho Mayorazgo, y lo hecho, y ordenado en el: porque no aviendo esta expressa, y especial declaracion de nuestra voluntad, siempre, y en todo tiempo, y acontecimiento se à de entender, que queremos estar, y passar por esta disposicion, y fundacion, y que se cumpla, y guarde lo en ella contenido, sin que por ninguna cosa que hagamos en otra forma, que no sea por expressa, y especial declaracion, se altere cosa alguna desta disposicion: y toda esta dicha facultad, y reserva que hazemos, segun, y en la forma, y con las calidades que en este capitulo, y condicion se refieren, la emos de tener ambos a dos juntos, y no el vno sin el otro: porque muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare no à de poder vsar della en manera alguna, salvo si el que muriesse primero le dexare poder especial al que quedare vivo para vsar desta facultad: porque en este caso à de poder vsar enteramente della, y hazer, y disponer todo lo que ambos a dos juntos pudieramos hazer, y disponer siendo vivos.*

No se niega por las partes, y consta por las deposiciones de algu-

nos

nos testigos presentados por parte de la Casa de la Misericordia, que este Vinculo lo hizieron los Padres de la dicha Doña Maria Feliciana en contemplacion suya, y para que tomasse estado, como con efecto casò con Garcilaso de la Vega, Cavallero del Orden de Santiago. Y se à presentado por parte de la dicha Casa, fol. 456. testimonio de las Capitulaciones deste matrimonio, cuya fecha es en 25. de Febrero de 1643. dos dias despues de la dicha fundacion del Vinculo, y ante el mesmo Escrivano Publico ante quien se avia otorgado. Y consta que llevò al matrimonio el derecho de dicho Vinculo *con las mesmas reservas* [dize] *que en el dicho Vinculo se contienen, sin que por esta constitucion de dote se entienda, que han de quedar mudadas todas, ni alguna dellas en manera alguna:* que son palabras expressas de las Capitulaciones, tan vezinas a la fundacion, que se vee averse hecho por el matrimonio.

8 Muriò la dicha Doña Maria de Verastegui sin hazer testamento el año passado de 1648. y en el siguiente de 1649 muriò la dicha Doña Maria Feliciana tambien sin hazer testamento, y sin dexar hijos, con què fue su heredero forçoso el dicho Iuan de la Fuente Almonte su padre, quien como consta del testimonio presentado en el pleyto, legitimò ante la justicia su persona, probando, que la dicha Doña Maria de Verastegui su muger avia muerto, y que le avia sucedido la dicha Doña Maria Feliciana su hija vnica, y vniversal heredera abintestato; y que tambien avia muerto sin hijos, ni testamẽto la dicha Doña Maria Feliciana, con que èl era vniversal heredero de la susodicha, en cuyos bienes, y en los de su madre por su cabeça avia sucedido.

9 Mediante esta legitimacion consta del dicho testimonio, que desde el dicho año de 49. hasta que muriò despachó los juros que se pretenden vinculados, y que fueron de la dicha Doña Maria de Verastegui, el dicho Iuan de la Fuente Almonte.

10 Y destos juros consta tambien por el pleyto, que vendiò el vno a la Casa de la Misericordia desta Ciudad, y otro a Don Ignacio de Mugaburu, cuyo precio deste vltimo juro an pretendido cobrar los Albaceas del dicho Iuan de la Fuente Almonte: pero replicando el comprador, que por este pleyto amenazava muy en el vmbral del contrato la eviccion, se mandò que se afiançasse la venta, y por no hazerlo los Albaceas, se mandò bolver, y con efecto se restituyeron al dicho Don Ignacio mil ducados que avia desembolsado a quenta del precio del dicho juro.

11 Y no solo por los instrumentos de dichas ventas consta que tratò como bienes libres el dicho Iuan de la Fuente Almonte los juros comprehendidos en el Vinculo, que el, y su muger hizieron para la dicha su hija. Pero tambien se â presentado en el pleyto, fol. 233. testimonio de las Capitulaciones matrimoniales, que se hizieron por el año passado de 1655. para el casamiento de los dichos Don Francisco Domonte y Robledo, y Doña Brigida Domonte y Eraso, en que concurrieron el dicho Iuan de la Fuente Almonte, y el Doc-

tor Don Francisco Domonte y Verastegui, entonces Chantre, y aora Dean, y Canonigo de la Santa Iglesia de Sevilla, como curador de la dicha Doña Brigida, y Doña Ana Geronima Domonte, madre del dicho Don Francisco. Y entre otras Capitulaciones, las que tocan al pleyto son las que dieron causa a aquel matrimonio; porque son dos Vinculos, que de quatro juros haze el dicho Iuan de la Fuente Almonte; el vno, en cabeça de la dicha Doña Brigida; y el otro, en la del dicho Don Francisco, y los dichos juros son de los comprehendidos en el dicho Vinculo, que se hizo para la dicha Doña Maria Feliciana.

12 Y ademas desto, la Casa de la Misericordia à hecho probança con testigos domesticos los mas, y de la Casa del dicho Iuan de la Fuente Almonte, en que prueba, que siempre desde que muriò la dicha su hija, le oyeron dezir: que los bienes eran libres, y que el Vinculo avia cessado, y que en esta mesma inteligẽcia estuvo al tiempo de su muerte la dicha Doña Maria Feliciana, y assi disponia el dicho Iuan de la Fuente Almonte de dichos bienes, o vendiẽdolos, como està dicho, o tomando tributos sobre ellos.

13 Pero mayor probança es la que resulta de su testamento, por cuya Clausula, fol. 96. dize: *Declaro, que el dicho Vinculo no tiene subsistencia, por aver sido disposicion particular, y limitada a la persona, y sucession de la dicha Doña Maria Feliciana Domonte y Verastegui nuestra hija, y no de otra persona alguna, con que aviendo muerto en mi vida quedè dueño de toda mi hazienda sin Vinculo, ni gravamen, para disponer de mis bienes libremente, è irrita, y caduca la dicha fundaciõ.* Que son palabras expressas de la Clausula, a las quales añade la mencion de la primera Clausula de reserva, que contiene la dicha escritura de Vinculo, y que queda referida arriba, num. 5.

14 Y prosigue: *Que valiendose en caso necessario de la dicha Clausula, haze de los dichos quatro juros contenidos en las dichas Capitulaciones matrimoniales, dos Vinculos; el vno, en cabeça del dicho D. Diego Domonte y Eraso; y el otro, en el dicho Don Francisco Domonte y Robledo*; que vienen a corresponder a las dos donaciones, que por via de Vinculo hizo a los dichos Doña Brigida, y D. Francisco, sus sobrinos, quando casaron, y corresponden tambien a la relacion que se haze en dichas Capitulaciones matrimoniales, de que dichos Vinculos se contenian en su testamento.

15 Y en la Clausula, fol. 104. dize: *Que vsando de la dicha facultad, sustituye, funda, y señala vn Patronato de legos en las casas de su morada, cinco juros, y vn tributo.* Las Obras pias perpetuas que instituye, o sustituye, son la fiesta solemne, que de muchos años antes, èl, y su muger hazian en el Convento de Regina Angelorum, las Visperas, y dia de la Concepcion de Nuestra Señora; las Missas cantadas de todos los Sabados del año al mesmo Mysterio; y en el dicho Convento, vna fiesta cada año en la Hermandad de la Esclavitud de N. Señora, y el residuo de sus rentas quiere que se distribuya en tres

partes,

partes, que la vna sirva para redempcion de Cautivos, y que se à de entregar precisamente a los Conventos que señala, y las otras dos tercias partes señala para dotes de parientas suyas, de mil ducados a cada vna para el estado q̃ quisieren elegir, de Religion, o Matrimonio.

16 Y para estas dotes, en la Clausula, fol. 119. quenta por sus numeros las siete lineas de sus hermanos, de las quales por su prelacion an de ser las parientas a quien se adjudiquen las dichas dotes. Y esta circunstancia se nota para alguno de los fundamentos, que contendrá esta defensa contra el Vinculo que se pretende, y se advertirà en su lugar.

17 El caso, y hecho del negocio se à referido con fidelidad, y con la mesma se sentarà el orden del juyzio, y estado deste pleyto. Fueron dos los que se intentaron, y ambos possessorios. Vno por parte de el dicho Don Francisco, como padre, y legitimo administrador de Dõ Diego Domonte y Eraso, su hijo, y de Doña Brigida Domonte y Eraso su muger, difunta, pretendiendo, que era el pariente mas cercano de los fundadores del dicho Vinculo, y que en èl se avia transferido la possession civil, y natural, conforme a la *ley 45. de Toro*, y pedia la actual. El otro pleyto es de la Casa de la Misericordia, que por dichas Obras pias, y Patronato, y Anima de Iuan de la Fuente Almonte su heredera, pidiò la possession por la *ley fin. C. de edict. Div. Adrian. tollend.*

18 Acumularonse ambos pleytos por Auto de la Sala, que consintieron las partes, y ambas insistieron en que se les avia de dar la possession pedida, y amparo en la que avian tomado de algunos bienes.

19 Y concluso el pleyto, el Teniente Don Iuan Ignacio de Truxillo pronunciò sentencia, *en que confirmò la possession, y amparo que se diò al dicho Don Francisco. Y reservò su derecho a la Casa de la Misericordia para el juyzio de la propriedad.*

20 Desta sentencia an apelado las partes; de lo principal, la Casa de la Misericordia; y de la reserva, Don Francisco Domonte, y se vee el pleyto concluso de los mesmos Autos.

21 His in specie, & in causa suppositis, dividirè este Informe en dos Capitulos; vno, de la qualidad del juyzio, y q̃ en el debe obtener la Casa de la Misericordia; y otro, de la dificultad principal que se opone a el cumplimiento de la disposicion, y testamento de Iuan de la Fuente Almonte, y desvanecimiento del Vinculo que pretende Don Francisco Domonte, en lo que destas questiones es capaz el juyzio possessorio. Desearé proceder con la brevedad que acostumbro; *attamèn non vt minus, sed ne plus dicatur, quàm oportet.* Quod à Quitiliano didici *lib. 4. instit. cap. 2.*

CAP. I.

CAP. I.

DEL IVYZIO POSSESSORIO, Y QVE en èl debe obtener la Casa de la Misericordia.

LA Casa representando la disposicion testamentaria de Iuan
22 de la Fuente Almonte, que como està dicho, dexò a su alma por heredera, intentò el juyzio possessorio *ex l. fin. C. de edicto Div. Adrian. tollend.* Don Francisco Domonte por su hijo intenta juyzio possessorio tambien por la *ley 45. de Toro.* Distan los dos intentos, en que en el testamento de Iuan de la Fuente Almonte no ay duda, que instituyò su Alma por heredera, que posseia por bienes suyos los de que se pretende la possession. Pero la pretension del Vinculo no se puede fundar por expressa substitucion en la fundacion, por no aver llamamiento de transversales, y por aver sido limitada la fundacion, ni se pide de bienes que el antecessor posseyesse por vinculados. Con que parecia aver de ser el juyzio lo contrario de lo que contiene la sentencia. Scilicet, *que se de la possessiō a la Casa de la Misericordia, y se reserve el derecho al vinculo en la propriedad.* Porque como sea dezir contra el testamento, sin embargo *scriptus hæres in possessionem mitti solet.* Ait text. *in d. l. fin.* text. *in l. 2. tit. 14. p. 6.* ibi: *Develo meter en possession, y en tenencia de los bienes de la heredad, è de todas las otras cosas que el testador avia, è tenia a la sazon que finò*, con reserva al juyzio de la propriedad; ex vulgari textu *in l. 3. § Ibidem ff. ad exhib.* illic: *Si obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem, differenda in directum iudicium.* text. *in l. ille à quo. 13. § Ex testamento, & § Seq. ff. ad Trebel.* porque el remedio de la ley final es executivo, y se dà, y compete por el testamento cierto, y no vicioso, en cuya virtud el heredero debe entrar en la possession, reservando quanto contra èl se dixere al juyzio petitorio. *Et quod sit executivum, & quod acritèr, & de plano expediendum*, observarunt DD. *in d. l. fin.* & quos adduxit D. Castil. *quotid. controvers. lib. 3. cap. 24. num. 88.* y entre los muchos que trae, son observables *los consejos 424. y 467.* de Decio, y Rolando à Vall. que los cita *cons. 1. num. 71. lib. 1.* que en oposicion de fideicommissarios, o substitutos, en cuyos llamamientos avia duda, defendieron al heredero en el juyzio possessorio. Y en pleyto de Mayorazgo, y competencia de heredero en el juyzio possessorio, venciò en la immission el heredero; apud Hieron. de Leon *1. p. decis. 24.* ex dictis iuribus, & DD. & ex Afflict. *decis. 14.* & Cacheran. *decis. 23.* & alijs ab eo adductis: porque como sea disputable la contradicion, no se debe embaraçar la possession, ni impedir el remedio de la ley final. *Potiorem enim debet esse causam hæredis*; ait Ant. Fab. *in Cod. lib. 6. tit. 14. defin. 2.* alios adducit Noguerol *alleg. 26. num. 387.*

23 Sed proprius accedendo, los que mas favorecen las fundaciones

nes de los Mayorazgos distinguen el remedio de la ley 45. de Toro, del que tiene el heredero por la ley final; y entre las muchas distinciones, quas ex D. Molin. & alijs ennumerat D. Christov. de Paz *de tenuta. 1. tom. cap. 26. num. 56* pone la de no admitirse en el juyzio possessorio de la ley final, question que toque a la propriedad, pero en el de la ley 45. de Toro, se conoce de todas las questiones de Dominio, sin el qual la possession, *nec eius translatio probari possit.* Vt ex D. Greg. Lop. ait Paz, & meliùs posset comprobare ex illo Consulti *in l. 2. § fin. ff. secund. tabul.* ibi: *Ambulat enim cum Dominio bonorum possessio.*

24 Bastale, pues, al heredero mostrar testamento sin vicio para que se le dè la possession de los bienes que posseía el difunto. *d. l. fin.* el que pretende ser sucessor en el Mayorazgo, à de probar el derecho de la sucession, y ser bienes vinculados los que pide. Y asi en quanto a el juyzio de la ley 45. de Toro, es preciso el tratado de las questiones de la propriedad, *quidquid enim detrahit proprietati, detrahit possessioni*, que es el dicho vulgar de los Doctores, que comunmente se dize, y lo repite en varios lugares el señor Molina, maximè *d. lib. 3. cap. 13. num. 14.*

25 Pero (salva tanti Senatus dignissima censura) entendia yo esto, no compitiendo vn remedio con otro, como en el caso presente, en que procede derechamente la resolucion de las decisiones alegadas en la que emos referido de Don Francisco Geronimo de Leon *sup. num. 22.* scilicet, que preceda el remedio de la ley final por vn testamento perfecto, y justo, a vn derecho tan dudoso, como el que se pretende, del Vinculo, y de su sucession. En cuyo juyzio, aun sin competencia de heredero, para que proceda el remedio de la ley 45. de Toro, se à de probar el derecho de la sucession, y el llamamiento expressa, y claramente, *vt ex l. 1. C. Quor. bonor. & ex ipsamet. l. 45. Taur.* & Palacios Rubios *in ea, num. 2.* & D. Gregor. Lopez *in l. 7. verbo Possession. tit. 4. p. 5.* resolvit D. Molin. *de Hispan. primog. lib. 3. cap. 13. num. 10.* ibi: *Isqui prætendit vti legis 45. Tauri remedio, debet probare se vocatum absque vlla dubitatione.* Y en el numero siguiente concluye: *Idque apud omnes absolutissimum est, quotidieque sic intelligi, atque practicari solet: non enim remedium possessorium ex d. l. Taur. proveniens conceditur, nisi illi, cui clarè, & apertè ipsius Maioratus successio delata est.*

26 Y aunque este Autor en el mesmo lugar, *num: 43.* admite el remedio de la ley 45. de Toro, al llamado a la sucession, no expressamente, sino por conjeturas se remite a lo que avia escrito. *d. lib. 3. cap. 4. num. 38.* que las conjeturas an de ser tales, que no se les pueda responder. *Dummodo* (ait) *coniecturæ eius qualitatis sint, vt nihil aliud inducere valeãt, nec aliqua iuridica ratione subterfugi queãt:* y con esta qualidad de indubitables conjeturas, o voluntad conjeturada. Por razon indubitable conviene Paz *de tenut. tom. 1. cap. 29.* cõ el señor Molina. Vndè para que sea contraditor legitimo al heredero, el que por la ley 45. de Toro intenta la possession de los bienes,

 dixo

dixo Parlador. *lib. 2. quotidi. cap. 5. num. 6.* que le era preciso; *vt de iure suo incontinenti doceat ostendatquè id luce clarius.* Que no lo sea el derecho del Vinculo, sat posteà apparebit.

27 No es derecho claro, *quoad personam*, el pretender la sucesion sin llamamiento expresso: porque aquellas palabras de la ley 45. de Toro: *El siguiente en grado, que segun la disposicion del Mayorazgo debiere suceder*, las entiende el mesmo Don Christoval de Paz, accerrimo defensor de tenutas *cap. 30. num. 19.* en el nombrado expressamente, inquiens: *Vlteriùs facit nam prædicta lex 45. Tauri, dum possessionem transfert in nominatos, & substitutos, non respexit successionis ius ad possessionem transferendam, sed illam qualitatem vt qui in eum possessionem translatam fuisse prætendit, ab instituente nominatus fuerit. Quæ legis verba personam nominati respiciunt, & substitutionis qualitatem: in eum itaque, qui prædictam substitutionis, & nominationis qualitatem non habet, prædicta lex possessionem non transtulit.* Y no es contra esto la resolucion que este Autor toma *en el mesmo Cap. num. 25.* porque habla expressamente en el no nombrado, o excluido en fundacion de Vinculo, que se hizo sin facultad Real, y la exclusion fue contraviniendo a la ley 27. de Toro: porque como ninguno pueda evitar en sus disposiciones la de la ley. *l. nemo potest. 55. ff. de leg. 1.* y no baste la voluntad en los actos legitimos, si falta la facultad para obrarlos. *l. 4. vbi DD. ff. qui test. fac. pos.* no importa que no estè nombrado, ni que estè excluido por el fundador, si lo llama la ley 27. de Toro. iuvat Avendaño *in d. l. 45. Gloss. 7. num. 2.* aviendo, pues, duda en el llamamiento, porque no le ay expresso, *non est impedienda possessio hæredi eam petenti* Fussar. & Cácer. locis vbi eos laudat Noguerol *alleg. 25. num. 27.*

28 No solo està la duda en la persona que pide; que solo por no hallarse llamado, no debe obtener en el juyzio possessorio; cum illi possumus dicere, *de te non loquitur substitutio*, cum Baldo *in l. ad probationem. num. 1. C. de probat.* & cæteris quos adducit D. Molin. *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 4. num. 5.* sino que tiene mas duda la mesma vinculacion, o bien para averse extinguido por su limitacion, o bien por estar en virtud de la facultad reservada, expuesta, y obnoxia a la voluntad de Iuan de la Fuente Almonte. Conque le obstan al contrario otras palabras de la mesma ley 45. de Toro, ibi: *Que las cosas q̃ son de Mayorazgo.* Vbi omnes Regnicolæ, prçsertim Avendaño *Gloss. 1.* commentando este texto exclaman: *Scilicèt per evidentiam, ita quòd non dubitetur an sint, vel non Maioratus.*

29 Y assi es certissima conclusion, que para intentar el remedio de la ley 45. de Toro, no à de aver duda en que los bienes de que se pide la possession, estèn, y permanezcan vinculados. Porque si en esto huviere duda, no serà ya el pleyto sobre la possession de los bienes, sino sobre su calidad, y esta quiso la ley fuesse constante, y cierta. Tritum est ergo, que todas las vezes que la ley dispone sobre qualidad presupuesta, debe della constar precisamente, como sustancia de la dispo-

posi-

poſicion.*l. Divus Traianus.* 24.*l. Titius.* 25.*ff. de teſt. milit.* D. Molin.*d. lib.* 3.*d. cap.* 13.*num.* 51. Matienz.*in l.* 8.*Gloſſ.* 4. *num.* 1. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Lara *de vita homin. cap.* 2. *num.* 51. Y con eſtos DD. y otros, concluyen los Adicionadores del ſeñor Molina *d. num.* 51. que eſte remedio competa, *ſi priùs certum, & indubitatum ſit, bona, de quibus agitur, Maioratui eſſe obnoxia.* En lo meſmo viene Don Chriſtoval de Paz *de tenut.* 1. *tom. cap.* 4. *num.* 7. *& num.* 8. donde doctamente conſidera, que como la ley 45. de Toro, ſea exorbitante del derecho comun, & adverſus deciſionem text. *in l.* 1. *§. Scævola. ff. ſi quis teſtam. lib. eſſ. iuſſ. fuer.* aſsi ſe ha de entender *propriè*, *& ſtrictè*, en bienes en cuya qualidad no aya duda.

30 Replicaráſe de contrario, que por la fundacion del Vinculo no es dubitable, que eſtàn comprehendidos los bienes que alli ſe expreſſan, que ſon los meſmos de que ſe pide la poſſeſsion. Pero no ſe debe mirar ſino al vltimo eſtado. Para lo qual, como diximos en la narracion del Hecho, luego que muriò Doña Maria Feliciana, conſiderando Iuan de la Fuente Almonte, extinto, y caduco el Vinculo, y ſus bienes en la parte que avian tocado a Doña Maria Veraſtegui, por herencia libre, en que èl ſucedia, como heredero de ſu hija, aunque durando el Vinculo podia poſſeer por la reſerva del vſufructo, pudo mudar el titulo de ſu poſſeſsion: porque como *ex leg.* 47. *tit.* 28. *p.* 3. & ex Put Farin. & ex alijs reſolvit Noguer. *alleg.* 25. *num.* 171 es concluſion cierta, y comunmente recebida, que ſobreviniendo nuevo titulo, ſe puede por propria autoridad mudar la cauſa de poſſeſsion, y ſe preſume la mudança della por averla avido en el titulo. En nueſtro caſo no quedò la materia en preſumpcion: porque como conſta del teſtimonio, que referimos *ſup. nu.* 8. Luego que muriò la hija, pidiò Iuan de la Fuente Almonte poſſeſsion de los bienes de ſu herencia, conſiderando por tales, y por libres los bienes que para ella avian vinculado èl, y ſu muger. Y deſde que muriò Doña Maria Feliciana, conſta que los á poſſeído, y cobrado por libres en virtud de la poſſeſsion hereditaria que tomò dellos. Y cōſta, como ſe aſſentò en el Hecho por inſtrumentos, y por teſtigos, aver poſſeído, y tratado por bienes libres, los que avian ſido del Vinculo, Iuan de la Fuente Almonte. De quo fuſiùs *ſequenti capite.*

31 Baſta para el intento de lo poſſeſſorio, que aviendo de atenderſe al vltimo eſtado, hallando poſſeedor al meſmo inſtituidor de eſtos bienes por libres, o ſea por inteligencia que tuvo, de que avia caducadoſe el Vinculo, o ſea por averlo revocado (de vtroque poſteà) viene a ſer mas claro caſo, para que no pueda competer el remedio de la ley 45. de Toro, que el que ſe comprehende en la diſtincion del ſeñor Molin. *lib.* 3. *d. cap.* 13. *num.* 54. *&* 55. porque no ſe dà eſte remedio contra el que poſſee por titulo, y cauſa del meſmo inſtituidor: porque ya entonces ſe avrá de diſputar de la facultad que tuvo para revocar. Y la queſtion deſto es de mayor indagacion, y propria del juyzio de la propriedad.

32 Quibus non eſt impar, el q̃ ex doctrina vtriuſque Molinæ, *& de Hiſpan.*

Hispan. primog. lib. 3. d. cap. 13 ex num. 40. & de iustit. & iur. tract. 2. q. 638. Que al primero llamado no compete el remedio de la ley 45. de Toro. El que pide en este pleyto, ni es primero, ni vltimo llamado, pero es el primero pretensor que à tenido el Vinculo que fundaron Iuan de la Fuente Almonte, y su muger. Y asi le obsta la opinion de ambos Molinas; cuyos contrarios en esta opinion, bien confiessan su autoridad, pero no hallan diferencia en terminos, de q̃ el primero llamado entre con expressa vocacion, y con derecho claro, y no turbido, y de tan honda indagacion.

33 Siendo, pues, este juyzio possessorio, a vn mesmo tiempo vna, y otra parte pidiò, y se les diò la possession, aunque con la Clausula ordinaria (*sin perjuyzio de tercero, y con audiencia*) que haze condicional el acto, y saliendo contradictor, se resuelve, y anula. Bart. & Bald. *in d. l. fin. C. de edict. D. Adr. Toll.* & quæ cumulat D. Larr. 1. *tom. decis. 6. num. 9 & 2. tom. decis.* 58. *num.* 13. Y como se à dicho, acumulados los pleytos, cada parte à insistido en el juyzio possessorio, a cuyos pedimentos debe corresponder la sentencia. *l. vt fundus. 18. ff. commun. divid. l. fin. C. de fideicomm. libert. Cap. qualiter, & quando, vers. Ad corrigendos, de accus. Clement. sæpè. § Citationẽ, de verb. signif.* DD. *in d. l. vt fundus.* Canonistę *in Cap. licet Heli. de simon.* text. apertus *in l. 1. tit. 2. lib. 4. Recop.* ibi: *Declarando el actor, si pide propriedad, o possession, o todo junto.* Y asi no aviendose intentado el juyzio de la propriedad, no pudo aver determinacion en el. D. Christov. de Paz *de tenut. 2. tom. cap. 70. in fin.* ni estos juyzios se deben confundir, ni aun en los Tribunales supremos. Vt ex Doctoribus practicis Noguer. *alleg. 25. num. 245. & 246.* injusta es, pues, la apelacion que se interpone de la reserva, y mas injusta la sentencia, pues se debiò confirmar la possession, que la Casa avia tomado, amparandola en ella, y dandosela de los demas bienes de que la avia pedido, reservando al contrario el derecho en la propriedad, que se fundarà no tenerlo, en el Capitulo siguiente.

CAP. II.

QVE EL VINCVLO QVE FVNDARON Iuan de la Fuente Almonte, y su muger, se caducò con la muerte de Doña Maria Feliciana su hija, y que tanto por esto, quanto por la facultad reservada en la facultad Real, y en la fundacion, fue valida la disposicion testamentaria de Iuan de la Fuente Almonte.

34 Este Capitulo se divide en dos Articulos, por la mesma Clausula del testamento de Iuan de la Fuente Almonte, que se refiriò *sup.*

*sup.num.*13.*& num.*14.*& num.*15. porque en la primera parte de la Clausula, declara: *Que el Vinculo no tiene subsistencia, por aver sido disposicion particular, y limitada a la persona, y sucession de Doña Maria Feliciana Domonte y Verastegui su hija, &c.* sacando desto por consequencia: *Que aviendo muerto la hija, puede disponer de los bienes, quedando irrita, y caduca la fundacion del Vinculo.* La segunda parte de la Clausula es, vsar de la facultad reservada, *en caso necessario*. En Articulos separados se apuntarán los fundamentos, que la Casa de la Misericordia tiene en defender esta disposicion.

ARTICVLO I.

DE LA LIMITACION, Y EXTINCION del Vinculo.

35 SOlo con el argumento del Articulo, parece que oímos el lugar que se nos opone del señor Molina *de Hispan. primog. lib.*1.*cap.*4. cuyas doctrinas en esta materia, reconocemos la autoridad, y sequito que tienen. Llevo, pues, que respecto de la perpetuidad del Mayorazgo en la familia del fundador, si no hiziere llamamientos algunos, o si los hiziere limitados en sus hijos, se suplirán, y admite la sucession transversal, si faltaren descendientes. Y en exornacion desto prolixiùs D. Castill. *quotidian. controvers. lib.*2.*cap.*22.*& lib.*5 *p.*2.*cap.*143. *§. Vnico*, & quos Addentes *ad D. Molin. ibidem.*

36 Sed longiùs nobis petenda res est, y con breve discurso esperamos responder al señor Molina, governados por su enseñança.

37 Nada mas cierto en la Polytica del Derecho, que governar las disposiciones de los hombres, por la intencion que tuvieron en hazerlas, y por el respecto de la persona, a quien, y para que efecto las obraron. *l. pater filiæ.*6 *ff. de serv. legat.* en cuya especie muy a nuestro intento dà Papiniano la razon de su respuesta, dum ait: *Ne quod affectu filiæ datum est, hoc ad exteros eius hæredes transire videatur.* text. *in l. fidei commissa.* 11. *§. Interdùm.* 22. *ff. de leg.* 3. ibi: *Multum autem interesse arbitror, cui volet prospectum, cuiusque contemplatione testator fecerit.* Text. *in l. cum pater.* 77. *§. Donationis.*26 *ff. de leg.*2. donde encarga el Consulto, que en toda disposicion se mire, *in quem voluntatis intentio dirigetur.*

38 Y aunque si el pacto se dirigiò a la cosa, no se atiende tanto a la persona en cuyo favor se hizo. *Plerumq; enim [vt Pædius ait] persona pacto inseritur, non vt personale pactum fiat, sed vt demonstretur, cum quo pactum factum est*, por el contrario no se atiende a la cosa, si la disposicion se hizo por la persona, y en su favor, ad illud Machab. *lib.*2.*cap.* 5 *vers.*19. ibi: *Verùm non propter locum gentē, sed propter gentem locum Deus elegit.* cui concinit text. *in l. fin. §.*1. *ff. de contrah. empt.* Segun la interpretacion de Iacobo Cuiacio *in* re-

recitat. ad text. in l. Gaius Seius. 12. ff. de ann. legat. cuius ſpeciem *pulcherrimam nuncupat.* y en ella dexò vn teſtador los predios Policianos, y los Lutacianos; vnos a Mevia; y otros a Seia, y la Clauſula fue, que de los predios Policianos ſe dieſſen cada año a los Predios Lutacianos *annua harundinis millia trecena, & ſalicis munda annua librarum ſingula millia:* parecia que eſto era Real, y no perſonal, por mandarſe el legado del vn fundo al otro. Pero como la diſpoſicion en ſu principal intencion fue a la perſona, aſsi ſe acabò el legado por la muerte de Seia, en cuya contemplacion fue dexado. vt enim *in l. 4. ff. de pact. dotal.* benè dicitur: *Ego vtrobiquè arbitror intereſſe, qua contemplatione dos data ſit.*

39 En terminos de Vinculacion, y Mayorazgo no ſe hallan limitadas eſtas reglas: porque tambien ſe halla Mayorazgo que comprehenda vna ſuceſsion ſola, o ciertas perſonas, y en eſtas ſe contendrà el Vinculo, ſin paſſar a otras perſonas, o grados. *l. quæ conditio. 39. ff. de condition. & demonſt.* ibi: *At quæ conditio ad certas perſonas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ perſonæ inſtitutæ fuerunt.* por cuya deciſion el ſeñor Molina *de Hiſpan. primog. lib. 3. cap. 5. num.* 18. dezia, que ſe dava voluntad limitada, y vinculacion temporal, y ſolo para ciertas perſonas, y grados ſeñalados.

40 Y aun antes avia dicho lo miſmo eſte Autor. *d. tract. lib. 1. cap. 5. num. 37. &* 38. lugar que le tengo muy por proprio de eſte pleyto, para començar a ſalir de lo que ſe nos opone en èl, y reſolucion del dicho ſeñor Molina *d. lib. 1. cap. 4.* Para lo qual es de ſuponer, que ſiendo, como es tan vulgar en el proemio de las fundaciones de los Mayorazgos, el dezir, que ſe hazen por la conſervacion de la familia, y memoria perpetua del linage de los fundadores. D. Molin. *de Hiſpan. primog. lib. 2. cap. 17.* & anteà *lib. 1. cap. 5. num. 1.* donde pone la Clauſula primera proemial de los Mayorazgos aſsi: *Cupiens memoriam meam conſervare, atque illam perpetuam efficere in omnibus primogenitis familiæ meæ. Vel quoniam ex Maioratuum inſtitutione reſultat familiarum conſervatio.* En la fundacion deſte Vinculo no ſe hallará Clauſula, ni en el principio palabra que mire a la conſervacion de la familia, ni del linage, ni que por eſſa cauſa ſe haga la fundacion; ſin embargo, que aun quando huviera ſemejante Clauſula, ſiendo limitado el Vinculo, y ſolo para Doña Maria Feliciana, y ſus deſcendientes, ſiempre la Clauſula de la conſervacion de la familia, y linage ſe entenderia pueſta de eſtilo de los Eſcrivanos. Ex Baldo, & Felino, & alijs, quos retulit D. Larrea *deciſ. 33. num. 65.*

41 Habla, pues, el ſeñor Molina *d. cap. 5. num. 37.* de aquella eſpecie, en que ſiendo Vinculo perpetuo, tiene llamamientos limitados, faltando los quales, *illicò fideicommiſſum ipſum ſpirat.* Y ſiendo aſsi, que ningun Mayorazgo parece que pedia mas la conſervacion perpetua en la familia, que el de la agnacion, ſegun lo propone el ſeñor Molin. dize en el numero ſiguiẽte: *Non enim ex hoc cenſebitur perpetuum*

petuum fideicommissum inter omnes, qui ex sua agnatione processerint, instituere, sed solum inter omnes masculos, qui expressè vocati sunt, quod ex ea regula, quàm superiùs adduximus, pari ratione deducitur: comprobaturque ex eo, quod etiamsi testator digressus fuerit ad plures gradus substitutionum, non ideò censetur fideicommissum perpetuum extra personas nominatas expressè instituere. Y aviendo comprobado este punto con muchas autoridades, concluye: *Quæ omnia vera sunt, nisi ex alijs coniecturis constet testantem Maioratum, vel fideicommissum perpetuum inter masculos propriæ familiæ efficere voluisse.*

42 De aqui se infiere, que aun quando llamàran los fundadores a su familia, quedandose en los llamamientos de Doña Feliciana su hija, y sus descendientes, la familia se entiende de ellos: y no se comprehenden en ella los transversales. Vt ex Antiquioribus Menoch. *de præsumpt. lib.* 4 *præs.* 88. *num.* 1. Y mas al intento este mesmo Autor *cons.* 233. *num.* 10. dize: *At quia nostro in casu D. Lucas testator nil hac in dispositione dixit, aut expressit, de agnatis transversalibus: sed descendentes suos tantùm vocavit, transversales non censentur comprehensi, nec suppleri illa dispositio debet, vt agnati isti contineantur.* Lo mesmo respondiò Peregrino *cons.* 57 *vol.* 5.

43 Y en Mayorazgos de España el señor Castillo *lib.* 5. *controvers. cap.* 93. §. 16 *num.* 11. refiere à Gratiano *discept. forens. tom* 4. *cap.* 644. *num.* 5. Fusario *cons.* 169. *& cons.* 170. *& de subst. q.* 351. *ex num.* 14. Y en todos tres lugares concluye Fusario, que en estos terminos la fundacion se limita a la familia de los fundadores en sus descendientes, sin que sea visto admitirse transversales. Porque siendo limitada la fundacion, no puede tener efecto que exceda de sus limites. *l in agris.* 16 *ff. de adquir. rerum dom. l. qui liberis.* 8 §. 1. *ff. de vulg.* D. Gregor. Lopez *in l.* 3 *Gloss.* 2. *q.* 4. *tit.* 13. *p.* 6. *& in l.* 2. *Gloss.* 18. *q.* 1. *post medium, tit.* 15. *p.* 2. Mieres *de Maiorat.* 4. *p. q.* 29. Angulo *de meliorat. in l.* 11. *Gloss.* 11. *num.* 9. donde magistralmente con buenos textos, y doctrinas, entiende al señor Molina, que procede su generalidad en disposicion indefinida. *Si tamen* (dize) *dispositio esset relata ad certam, & specificam lineam, & personas, verius videtur, non debere: eas egredi, sed limitatam dispositionem limitatum parere effectum, & latitudinem nominis Maioratus ad personas expressas restringi.* Y entiende los textos en contrario con la letra de ellos mismos; porque son de fideicommisso dexado a la familia, y ninguno habla en llamamiento limitado de descendencia: y en el vltimo numero dà la diferencia que ay para este punto entre el Mayorazgo hecho de tercio, y quinto, en que procede la *ley* 27. *de Toro*, y sus llamamientos: y el Mayorazgo hecho en virtud de facultad Real, en que no tienen los fundadores precision alguna, y pueden ceñir sus llamamientos, y limitarlos tanto, conforme a la facultad Real, quanto conforme a Derecho. Latè Bardel. *cons.* 95. y Frãcisco Nigro Ciriaco 2. *tom controv.* 281. *num.* 62. *y* 63. donde dize, que no negarà el señor Molina, que se dà primogenitura limitada, y

lo

lo reconviene con sus mesmos lugares, y doctrinas: *Molina enim ipse nō negabit* (ait Cyriac.) *posse fieri primogenituram limitatam.*

44 Y todos estos Autores, y especialmente Angulo, llevan por constante, que todas las Clausulas de perpetuidad, irrevocabilidad, gravamen de Armas, y las demas se entienden en el fin limitado, y sucesion de los llamados. DD. *in l.1. per text. ibi. ff. pro soc.* Optimè Peralta *in l. statu liberum. §. Stichum, num. 3. vers. Vnde rectè ff. de hæred. instit.* donde resuelve en semejante fundacion en descendiẽtes; que estas clausulas no estienden la disposicion: porque se entienden, *extantibus descendentibus quantumcumque tempore supersint.* Alciat. *respons. 2. num. 30. lib. 8.* Alex. *cons. 139. nu. 3 vol. 6.* Cephal. *cons. 17. num. 9. lib. 1.* Cyriac. *d. controv. 281. num 49. & 50.* Bardel. *d. cons. 95. num. 26.* D. Castill. *lib. 2. cap. 22. num. 60.* Hermos. *in l. 44. ad Gloss. 5. num. 15. in fin. tit. 5. part. 5.*

45 Y en el numero de estas Clausulas se quenta la que se puso a la letra *sup. num. 6.* porque toda ella no mira a otra cosa, mas que a la irrevocabilidad de aquella fundacion, en Doña Maria Feliciana, y sus descendientes. Que no ay que culpar a los padres que tenian aquella hija solo, el que no previniessen el caso adverso de su muerte sin sucession, y de que [vt ex Papin. *in l. nam etsi parentibus. 15. ff. de inof. testam.*) turbandose el orden de la mortalidad, muriesse ella antes que sus padres. *Casum namque adversamque fortunam spectari, hominis liberi, neque civile, neque naturale est,* se dize en el texto *in l. inter stipulantem. 83. §. Sacram ff. de verb. oblig.*

46 Pero sin perjuyzio de la verdad de la opinion que defendemos, aun yendo con la del señor Molina, vease como entra en su discurso *in ipso exordio quæstionis:* porque se previene *d. cap 4.* diziendo: *In quo tamen advertendum erit, quòd in hoc capite, & duobus sequentibus agitur præsertim de interpretatione dubiæ voluntatis.* Y assi, ni el señor Molina, ni sus Sectadores tratan esta question, sino en terminos de intencion dudosa, y la interpretan por conjeturas. Y no es mala la de que por solo instituir Mayorazgo, sin llamamiento alguno, se entiende llamada la familia, y linage, pues para èl se hizo, que es el segundo caso, que ex D. Molin. pone el señor Castillo *lib. 2. d. cap. 22. num. 23.* o el sexto que refiere *ex num. 57.* quando se quedò el fundador sin hazer llamamientos. His enim speciebus, entra el suplemento de las vocaciones, por conjeturar verosimilmente, que quien quiso que fuesse perpetuo el Vinculo, no avia de querer que faltassen sucessores en el.

47 Siendo, pues, la materia conjetural, y aviendose de sacar por presumpcion la voluntad, no puede aver ninguna que prefiera a la declaracion del mesmo fundador: que como dize en su testamento, y avia declarado en el discurso de diez y ocho años, q̃ viviò despues de la muerte de su hija [& relatum est *sup. num. 12. & 13.*] assi con palabras, como con obras, siempre manifestò, y declarò, *que la fundacion avia sido limitada a la hija, y sus descendientes.* Y assi disponia de los bienes, como libres, y como suyos, y heredados de la hija, el

el dicho Iuan de la Fuente Almonte, a cuya declaracion se debe estar: porque si en materia dudosa, aun se debe creer a la declaració del posseedor del Mayorazgo, si este pudo participar noticias del fundador. *Quòd quando vltimus Maioratus possessor id ab institutore intelligere potuit, admittendum erit*, ait D. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 37. mucho mas se debe creer al mesmo fundador. *l. hæredes palàm.* 21. §. 1. *ff. qui test. fac. poss. l. ex facto.* 43. *in princ ff. de vulg.* porque si fue limitado, o no el Vinculo que fundo Iuan de la Fuente Almonte, *ipsius æstimationem esse*, ait I.C. *in l. Neratius.* 191. *ff. de Reg. iur.* y es dicho vulgar, *quod interpretatio, aut declaratio dispositionis conditæ, à nullo clarior haberi potest, quam ab eo, qui dispositionem ipsam condidit, nec vlla melior, aut securior esse potest.* Quod ex innumeris refert D. Castil. *lib.* 3 *cap.* 10. *num.* 25. Y en terminos de fundacion limitada de Mayorazgo, y por causa correspectiva [de quo posteà] que se aya de estar precisamente a la declaracion del instituidor; exornat, & iuribus, & doctrinis D. Larrea 1. *tom. decis.* 33. *num.* 30. *& num.* 31. & anteà dixerat Mier. *de Maior.* 1. *p. q* 44. *num.* 89.

48 Esta declaracion de Iuan de la Fuente Almonte se halla con diferentes circunstancias, que aun no concurren en los terminos de los textos, y doctrinas que se an alegado *num. præced.* porque lo primero, caso que de dicha Vinculacion se huviera adquirido algũ derecho a los que oy litigan; con què quisierã valerse de la opinion de los que llevan, que en esse caso avian de ser citados para la dicha declaracion: notavamos *arriba num.* 11. que vno de los actos declaratorios, y de mayor peso en la explicacion de la voluntad de Iuan de la Fuente Almonte, fue la intervencion que tuvo en las Capitulaciones matrimoniales del dicho Don Francisco Domonte, y Doña Brigida Domonte y Eraso, en que consta del instrumento, intervinieron las primeras personas de la familia, y los novios que eran los que se tenian por mas immediatos a este Vinculo, si subsistiera. Pero considerandolo extinguido, aceptaron los dos Vinculos que les ofreciò de los mesmos bienes comprehendidos en dicho Vinculo, refiriendo, que eran los mesmos que dexava en su testamento: como consta de sus Clausulas, de quibus *sup. num.* 14. con que parece averse cumplido con la circunstancia de la noticia, y ciencia de los interesados, caso negado fuesse necessaria. Arg. text. *in l. cum dos.* 7. *in princ. ff. de pact. dotal. l. quotiens.* 29. *ff. sol. mat.* Mier. & Fontan. laudati à D. Larr. 1. *tom decis.* 33. *num.* 55. y no solo todos los de la familia lo consintieron, y estuvieron en este mesmo sentir; pero està averiguado con los testigos que asistieron a la mesma Doña Maria Feliciana quando muriò, que estuvo ella en la mesma opinion, de que su padre entrava en todos los bienes por libres, y assi le pidiò que hiziesse algunas cosas, y que se portasse con Garcilaso su marido muy bien. Ad illud, *& nihil molestari eum de dote*, que dize el texto *in l. Titia.* 34. §. *fin. ff. de leg.* 2.

49 Consta tambien, como se dixo en el Hecho, que la fundacion del

E Vincu-

Vinculo tuvo por causa final el matrimonio, que immediatamente contraxo Doña Maria Feliciana con Garcilaso de la Vega. Porque aviendose ganado la facultad vn año antes, no se vsò della hasta 21. de Febrero del año de 1643. quando ya estava tratado el casamiento, cuyas Capitulaciones se hizieron dos dias despues de la fundacion del Vinculo, y en ellas se puso por principal dote la esperança de suceder en èl. Que fuessen estos actos correspectivos, se manifiesta por la vezindad de los instrumentos, pues aun siendo dentro de pocos dias, si se hazen entre vnas mesmas personas, ante vn mesmo Escrivano, y delante de vnos mesmos testigos, se tienē por correspectivos. Vt passim per Authores, præsertim Menoch. *de præsump. lib. 6. præs.* 12. & quos glomerat Giurb. *decis.* 85. *ex num.* 18. y en este lugar ex Cravet. & Thusc. tiene, que se entiende *in continenti* para la correspectividad, *si intra tresdecim dies facta sint instrumenta.* Y ex ipso Cravet. Menoch. & alijs, resuelve, que por lo menos se entiende la correspectividad, *si intra paucos dies* se celebraron ambos instrumentos.

50 Pero la mayor fuerça de la correspectividad, es la que se prueba de la causa final del acto. Este Vinculo no se hiziera, si Iuan de la Fuente Almonte, y su muger no quisieran casar a la hija. Pruebase, como està dicho por el tiempo, y vezindad de los actos. Iustamente, pues, en vida, desde que muriò su hija, entendiò Iuan de la Fuēte Almonte, y en muerte por su testamento declarò: *Que la fundacion del Vinculo no subsistia, por aver sido disposicion particular, y limitada a Doña Maria Feliciana, y su sucesion, y no de otra persona alguna:* como consta de la Clausula que referimos *sup. nu.* 13.

51 Hizose la fundacion del Vinculo para casar a la hija, o por consideracion de la correspectividad, o de aver sido la causa final el estado de la hija, faltando el matrimonio, y la sucesion, cessò la fundacion que se hizo solo cō esse fin. *l. alumnæ.* 30. *§.* 1. *ff. de adim. legat.* Melior text. *in l. à marito.* 18. *C. de donat. inter vir. & vxor.* ibi: *Vel prior persona, quæ libertatem accepit, rebus humanis fuerit exempta.* text. *in l. cum te fundum.* 6. *C. de pact. inter empt. & vendit.* Menoch. *cons.* 84. Dexart. *selectar. decis.* 20. Y sobre todo el señor Castillo *quotid. controv. lib.* 5. *cap.* 172. donde con buenos textos, y doctrinas, sed longè, vt moris est ei, prueba, que en las disposiciones, y actos humanos, la causa final es el blanco, y el puerto a que se debe encaminar el discurso, y lo que se tiene por condiciō precisa de la disposicion, como en nuestro caso, el estado de su hija moviò a los padres a esta donacion, que no se debe estender a los transversales, que tan lexos estuvieron de la intencion de los instituidores, ni los parientes pueden hazer preciso, y para ellos Vinculo, que tuvo causa final, y limitada a la hija. Vt ex Mieres benè resolvunt Addent. *ad D. Molin. lib.* 4. *cap.* 2. *ad num.* 73. *vsque ad* 76. Quibus addo text. *in l. si quid earum.* 47. *in fin. ff. de leg.* 3. ibi: *Quia non est ita de posteriore vxore cogitatum, cum compararentur.*

Estas

52 Estas razones de correspectividad de los actos, y de la causa final de ellos son muy buenas para conjeturar la intencion de los fundadores. Pero no se llega en el Derecho a conjeturas, ni se les dà lugar en lo que es claro, y constante. *vulg. l. continuus.* 137. §. *Cum ita. ff. de verb. oblig.* D. Valenç. Velazq. 1. *tom. cons.* 5. *n.* 54. & passim DD. *in obscura ergo voluntate locum habere rescriptum,* dixit Consultus *in l. licet imperator.* 74. *in fin.* & *in l. servus plurium.* 50. §. *fin. ff. de leg.* 1. Y si en la materia cõjetural no ay axioma *frequentius, nec utilius,* como dize el señor Castillo *quotid. controv. lib* 4. *cap.* 12. *in ipso capitis argumento,* que la presumpcion que se saca de lo que verosimilmente respondiera el fundador, *si de dubio fuißet interrogatus.* ad text. *in l. tale pactum.* 40. § *fin. ff. de pact.* cuya decision *etiam habet locum in contractibus.* Alex. & Tiraq. laudati à Valasco *consult.* 193. *num.* 5. & est *communis* apud D. Castil. *d. cap.* 12. *num.* 4. no necessitamos deste arguméto (quod exornant Authores, quorum numerosa caterva apud D. Vel. 2. *tom. dissert.* 47. *num.* 54.) quando no por presumpcion, ni por conjetura de lo que responderia Iuan de la Fuente Almonte, si fuesse interrogado, sino por lo que con sus actos en vida, y cõ las palabras expressas de su testamento nos dixo, *que avia sido limitada la fundacion del Vinculo,* se conoce la verdad: y que desde luego que muriò la hija, bien pensò que no avia causa para que se sustentasse el Vinculo, que siendo para ella, no le avia dado principio con suceder en el. Ad illud Papiniani: *Incurrebat hæsitatio non extorquendæ donationis, quæ nondum in personam filiorum initium acceperat* [bien propria frase al caso presente] *in l. Seia.* 42. *in princ. ff. de mort. caus. donat.*

53 Ayudando a esto la opinion de todo su linage, y familia, que concurrieron en las Capitulaciones matrimoniales (como està dicho) de Don Francisco, y Doña Brigida Domonte, que por la nueva disposicion de Iuan de la Fuente Almonte, recibieron los nuevos dos Vinculos de bienes del primero, que todos ellos opinaron averse caducado, y extinguido. Conque se ajustan las dos pruebas del texto *in l. cum Delanionis.* 18. §. *Item caccabos. ff. de instruct. vel instrum. legat.* ibi: *Optimum ergo esse, Pedius ait, non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit, deinde in qua præsumptione sunt qui in quacumque regione commorantur.* Ni pueden los deste linage poner duda en la opinion en que han estado, aunque ayan desistido della, muerto Iuan de la Fuente Almonte, ni por los procedimientos, y declaracion del susodicho la tiene, *que fue limitada la fundacion a la persona, y sucession de Doña Maria Feliciana, y no de otra persona alguna:* como lo dixo el mesmo Iuan de la Fuente Almonte. *Quid enim opus est coniecturis, vbi tam manifesta verba sunt?* vt ait D. Larrea *d. decis.* 33. *num.* 60. cuya especie, en lo que se avezinda a esta, es de terminos mas duros, y en ellos se estuvo a la declaracion de la fundadora, en la duda de la causa final del Vinculo que avia hecho.

Ma-

54 Manet ergo firmum (nisi fallimur) que no puede obstar la doctrina del señor Molina *lib.* 1. *d. cap.* 4. porque suponiendo, como supone, que la question es *de interpretatione dubiæ voluntatis*, siempre nos enseñaria tan gran Letrado, si fuesse consultado en el caso deste pleyto, que no avia que interpretar voluntad que estava tan clara, y tan manifestada por el dicho Iuan de la Fuente Almonte. Quid si addimus, que por notorio no necessita de prueba el articulo que se ha averiguado, de la christiandad, y buena conciencia, juyzio, y talentos de Iuan de la Fuente Almonte, de quien no es presumible faltasse a la verdad, *maximè moriens*, a lo tocado en el texto *in l.* 3. *§.* 1. *ff. ad Scilan.* Y vn hombre que tantos años estuvo disponiendose para morir, y que en varios testamentos siempre estuvo constante en la mesma resolucion con que murio, no es creible la tomàra en perjuyzio de otros, ni contra su conciẽcia. Quod nec apud Ethnicos. Plin. secund. *lib.* 7. *Epist.* 26. quem, & alios Ann. Robert. *lib.* 1. *rer. Iudic. cap.* 3.

ARTICVLO II.

DE LA FACVLTAD reservada.

55 IUsto trabajo (si est aliquid, quod operatum est) seria lo discurrido en el Articulo precedente, si supuesto que en la primera parte de la clausula dize Iuan de la Fuente Almonte, que no subsistia el Vinculo, y que era dueño de todos los bienes, huviesse dispuesto dellos libremente, y no en la forma que contiene su disposicion, la qual no solo es defensable en terminos de libre voluntad, y arbitrio de Iuan de la Fuente Almonte, sino tambien en terminos de la facultad que tuvo por la facultad Real, y por la fundacion del Vinculo, que en su virtud hizieron el susodicho, y su muger. De vna, y otra se compondrà el tratado deste Articulo.

56 El argumento del señor Molina, y la question que propone *lib.* 1. *de Hispan primog. cap.* 12. es, *Maioratus etiam in contractu instituti vtrùm vim vltimæ voluntatis obtineant?* dando razon de dudar a esta question, y de decidir tambien el texto *in l. si filia.* 20. *§. Si pater. ff. famil. ercisc.* y entre la decision deste texto, y de otro *in l. perfecta donatio* 4. *C. de donat. quæ sub mod.* haze medio, o constituye tercero genero la institucion de Mayorazgo; porque puede ser contracto que participe naturaleza de vltima voluntad; con que se dà lugar a la disposicion del texto *in l.* 44. *Tauri*, quæ est *l.* 4. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* en cuyos terminos aviendo facultad Real para fundar Mayorazgo, y en ella Clausula, como la que se refiere en este papel *sup. num.* 3. dixo Avendaño *in d. l.* 44. *Gloss.* 19. *num.* 2. las palabras siguientes: *Ex quo iam constat*,

quam

quam impossibile sit, dari modum, per quem Maioratus non possit revocari, cùm is, qui irrevocabilis efficitur traditione, aut simili causa, ex prædicta clausula libere valeat revocari.

57 Y esto es, porque semejante Clausula haze precisamente el contracto condicional. Y assi que aya avido entrega de bienes verdadera, o fingida, mediante la dicha clausula, està el contracto expuesto a revocacion. *l. Gaius Seius.* 23 *ff. de manum.* y la aceptacion de la hija, y quantas Clausulas tiene la fundacion de irrevocabilidad, y firmeza, *debent intelligi factæ sub conditione facultatis Principis*, ait D. Valenç. Velazq. 1. *tom. cons.* 63. *num.* 33. Matienç *in d. l.* 4 *Gloss.* 6. *tit.* 7. *lib.* 5. *recopil.* Y aunque Avendaño *vbi proximè*, dize, que se puede renunciar esta facultad. Y assi lo supone Mieres *de Maior.* 1 *p. q.* 38. Y lo dà por consejo el señor Molina *de Hispan. primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 79. Este mesmo lugar excluye la singularidad con que le quiso ampliar Iuan Gutierrez *pract. lib.* 2 *q.* 77. porque dize el señor Molina, que despues de la Clausula de la tradicion, se ha de añadir esta: *Quod scilicèt Maioratus institutor promittit Maioratum perpetuum, firmum, atque ratum habere: atque illum numquã revocare ex quacumq; causa, quæ ad illius revocationem superveniat: & quod quantum ad hoc ipse renunciat licentiæ sibi ex Regia facultate concessæ ad hoc, vt post ipsum Maioratum institutum posit illum provt sibi libuerit revocare, quâ promittit se numquam in posterum vsurum.* Y assi supone el señor Molina, y concluye tambien, que ademas del pacto de no revocar, ha de aver la renunciacion de la facultad Real en quanto a esta Clausula.

58 Ademas, de que no es tan seguro, el que el pacto de no revocar haze irrevocable el Mayorazgo, que no tenga en contra el texto elegante *in l. cum pater.* 77. *§. A filia. ff. de leg.* 2. y los demas textos, y autoridades, que trae el señor Valençuela Velazquez *d. cons.* 63. *ex num.* 34. Y como quiera, en esta fundacion, ni aun el pacto de no revocar se halla en forma, sino con la generalidad de palabras, que no estima, ni el mesmo Gutierrez *d. q.* 77. *vers. Nihilominus.* Pero vistos los fundamentos de Mieres *de Maiorat.* 1. *p. q.* 30. se reconocerá quanto se tuerzen las decisiones *de las leyes* 17. *y* 44. *de Toro*, en querer defender, que el pacto de no revocar contenga renunciacion de la facultad Real: y mas siendo tan especial, como en la deste pleyto, concedida solo la reserva al dicho Iuan de la Fuente Almonte.

59 Y a la verdad, si el animo de los contrayentes, no solo se explica por palabras, sino por el mesmo hecho: quanto mas irrevocablemente contrata quien con efecto Real, y fisicamente entrega los bienes que vincula, que no aquel que se obliga a no revocar la donacion? ergò el pacto de no revocar, no puede dar lo que la entrega, no dà, *cum nec eiusdem efficatiæ sit*, vt in terminis Angul. *de meliorat. in l.* 1. *Gloss.* 8 *num.* 9.

60 Pero como dixo muy bien Mieres *d. q.* 30. *num.* 85. *& sequentibus*,

bus, las opiniones sobre este punto podràn ventilarse en el Vinculo hecho por mejora de tercio. No empero puede aver question en el que se hizo por facultad Real, que tenga la Clausula: *Que se pueda revocar, &c.* Tunc enim, aunque el pacto de no revocar estè vestido, o confirmado con juramento, no quita esto la reserva de la facultad, y el padre puede vsar della, si expressamente no la renunciò; como quiso el señor Molina *d.cap.2.num.79.*

61 Pero cierto, que vista la letra de la ley 44. de Toro, parece inopinable el punto, y que antes se violenta la letra, y la mente de la ley: porque dexando a parte los casos del entrego de los bienes, o Real, o por constituto, y de la escritura; el tercero caso es, *Si el contrato de Mayorazgo se huviere hecho por causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento, o por otra causa semejante.* En este caso, pues, en que intervenia el interesse de vn tercero, y la causa onerosa del matrimonio, dispone la ley, que toda via quede el Mayorazgo revocable, *si en la facultad Real estuviesse Clausula, que despues de hecho lo pudiesse revocar*, sin que se pueda quexar el tercero, y sin que se falte a la causa onerosa, pues hizo condicional el contrato la reserva de la facultad. En cuya calidad se debiò reparar, como advierte el señor Molina *d.cap. 2.num.78.*

62 Ambas leyes 17. y 44 de Toro, en los casos en que aliás quedava irrevocable el Mayorazgo, disponen, que no lo quede, si el fundador reservò facultad para revocarlo. En este caso no hablò el señor Molina *d.lib.1.d.cap.4.* ni el señor Castillo *lib.2.cap.22.& lib.5.2 part.cap.14.* ni en todos los demas lugares en que exorna la doctrina del señor Molina, ni los muchos que juntan los Adicionadores: que ellos, y todos hablan en fundacion de Mayorazgo, para la familia, o bien no nombrando, o bien quedandose en vna persona, o en vn grado de sucession. Y siendo esto vltimo nuestro caso, en èl añadieron los fundadores la Clausula que queda referida *sup.num.5.* en que para despues de los dias de la dicha Doña Maria Feliciana, y de todos sus descendientes quieren, que *suceda en este Mayorazgo, y en sus bienes, y rentas la persona, o personas, y Obras pias, y Patronatos, que nombraren, y señalaren en sus testamentos, o Codicilos, scritura, o scrituras aparte, con las divisiones, llamamientos, instituciones, vinculos, y gravamenes, y condiciones que les pusieren vna, y mas vezes, revocando, y alterando, lo que en el caso referido hizieren, disponiendo, y ordenando nuevamente lo que les pareciere.* Y cierra la Clausula: *Para lo qual todo reservamos en nos libre facultad, assi disponiendolo ambos juntos, como qualquiera de nosotros.*

63 Ni la otra parte, ni nadie puede dudar, que en virtud de esta Clausula pudo muy bien disponer Iuan de la Fuente Almonte, de todos los bienes, como dispuso en favor de los dos Vinculos, y Patronato que hizo: porque aviendose reservado esta facultad a

qual-

qualquiera de los dos, bien pudo Iuan de la Fuente Almonte, en lo literal de la Clausula, vsar como *en caso necessario*, dize en su testamento, que vsa de dicha facultad reservada, disponiendo quien ha de suceder en dichos bienes, puesto que llegò el caso de faltar su hija sin sucession. Y como por dicha Clausula pudo disponer en favor *de la Persona, o Personas, y Obras pias, y Patronatos, y con las divisiones, vinculos, y llamamientos, è instituciones que quisiesse.* Assi fundó los dos Vinculos, y el Patronato que contiene su testamento.

64 Si no huviera esta reserva estuvieramos en la duda, si podria disponer mas que de sus bienes, y no de los de Doña Maria de Verastegui su muger, el dicho Iuan de la Fuente Almonte. Ad tradita à D. Molin. *de Hispanor. primog. lib. 4. cap. 2. num.* 84. & longiùs à D. Larrea 2. *tom. decis.* 60. cuyos discursos, y resoluciones cessan con la Clausula: *Assi disponiendolo ambos, como qualquiera de nosotros*. Porque illud *qualquiera*, seù *quilibet*, tiene por su proprio, natural, y civil significado atribuir la facultad a los dos, y a cada vno dellos in solidum. Bart. & DD. *in l. hoc articulo. 29. ff. de hæred. instit.* & vt ait Ripa *in l. hæredes. 57. §. 1. ff. ad Trebel.* La naturaleza, y significado desta palabra, *Qualquiera de nos*, es derechamente *attribuere solidè, seu in solidum personis sic distributivè nominatis*, la facultad reservada. Iuvant quę cummulat Barbosi *de diction. vsufreq. dict.* 320.

65 Y assi parece, que en virtud desta Clausula pudo vsar de la facultad reservada por ella, el dicho Iuan de la Fuente Almonte, y segun las alegaciones del dicho Don Francisco Domonte, en el pleyto, no le huviera, si la Clausula fuesse solo, y no huviera la otra, que referimos *sup. num. 6.* con la qual se pretende de contrario averse revocado la primera, y que por esta, la facultad quedò a ambos, y no al vno sin el otro.

66 La mejor respuesta a esta dificultad, es la que nos dá en su testamento Iuan de la Fuente Almonte, a cuya declaracion se ha de estar: porque sobre si por las Clausulas posteriores se deroga a las primeras, entra el Consulto *in l. cohæredi. 41. §. Qui patrem. ff. de vulgar.* con la salva, de que *voluntatis sit quæstio*, & vt prædiximus, ninguno la pudo declarar mejor, que el mesmo que dispuso. Mas quando no lo huviera hecho assi, aunque parecia se devia atender a las vltimas Clausulas. *l. si mihi, & tibi. 12. §. In legatis. ff. de legat. 1. l. Titio centum. 74. ff. de legat. 2.* Lo cierto es, que por ellas no es visto derogarse las primeras, si dellas especialmente no se haze mencion [que serà el primero fundamento desta vltima defensa] ex text. expressissimo *in l. si quis in principio testamenti. 22. in princ. ff. de leg. 3.* ibi: *Sed hoc ita locum habebit, si specialitèr dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse.* Que es lo que dize la Glossa *in Clement. dudum. circa fin. verb. Pacta, de sepultur.* alegada por Tiberio Decian. *vol. 2. resp. 2.* (lugar bien al intento)

quod

quod derogant novissima prioribus, si vltima mentionem faciunt expressè de primis. Porque no es verosimil, que se avian de emendar los instituidores en vn mesmo instrumento, o olvidarse de la Clausula precedente. *d. l. cohæredi.* 41. §. *Qui patrem. ff. de vulg.* ibi: *Quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem, & filium substitutionem.* Y para dezir otra cosa, se avia de probar expressamente, *l. ex facto.* 43. §. 1. *ff. de vulg.* ibi: *Magis autem est, in vtroque eorum tempus suum separatim servari: nisi contraria voluntas testatoris apertè ostendatur.*

67 Lo qual procede tambien en los contractos. *l. doli clausula* 119 *ff. de verb. obligat.* ibi: *De quibus nominatim cavetur.* Text. *in Cap. cum dilecti.* 6. *de donat.* ibi: *Cum ex tenore instrumenti vehementèr appareat, quòd hæc fuit mens, & intentio donatoris, vt Clausula desuresta, quæ in fine ponitur instrumenti non ad superiorem donationem, &c.* Et Authores, qui hoc exornent, in vno, vel altero *posteà* offeram.

68 Sea el segundo fundamento el principio vulgar, de que lo general no deroga a lo especial. Para cuya aplicacion es de suponer, como parece de las mesmas clausulas, que la primera en que està la facultad, y reserva dada *a qualquiera* de los instituidores, es solo para el caso especial, *de que faltasse Doña Maria Feliciana sin sucession, o teniendola, faltassen todos sus descendientes.* No se puede negar la especialidad deste caso: porque fue solo proveer al cobro de los bienes en falta de la hija, y de su descendencia. La segunda Clausula es facultad reservada generalmente *para revocar el Mayorazgo, añadir, y quitar, corregir, y mudar, revocar los llamamientos hechos* [que no eran otros, que el de la hija, y sus descendientes] *gravar a la dicha Doña Maria Feliciana, y quitar, o reformar* (dizen) *esta fundacion, o bolverla a hazer de nuevo sin dar la causa, o causas, que para ello tuvieremos, &c.* Quien puede dudar, que esta Clausula es general, para q̃ en todo quedasse revocable el Mayorazgo, aun viviendo la mesma Doña Maria Feliciana, o sus descendientes, en cuyo favor se hizo? mas con esta reserva general para poderlo revocar en todo, y en todas las cosas, que por mas explicacion se dizen en la Clausula. Quæ vt generalis stat in suo sensu nil derogans speciali. Porque destas Clausulas se dize, *quòd singulæ suam causam habebunt.* Verba text. *in l. rerum mixtura.* 30 *in fin. ff. de vsucap.* Y nunca la especial se deroga por la general. *l. vxorem* 41. §. *Fœlicissimo. ff. de legat.* 3. *l. servis vrbanis.* 99. *in fin. ff. eod. l. talis scriptura.* 30 § 1 *& seq. ff. de leg.* 1. *l. sed etsi.* 26. §. *Deinde. ff. ex quib. caus. maior.* Elegans text. *in l. alimenta.* 16 § *Basilicæ. ff. de alimentis, & cibarijs legat.* Y este fundamento, y el precedente, ex his quos viderim nemo consultiùs quàm D. Christoforus de Paz *de tenuta.* 2. *tom. cap.* 57. *ex nu.* 156.

69 Tertio, se funda el intento en la verdadera concordia, que con los textos alegados tiene Scevola Iurisconsulto *in l. libertis quos.* 18 *ff. de alim. vel cibar. leg.* Y distincion de Bartulo *ibidem*, que en-

entiende el texto *in d.l.libertis*,con sus concordantes en disposicion especial,y general,contenidas distintamente en diversos instrumentos,que entonces como falta la presumpcion, *quod quisq; non intelligitur incontinenti se corrigere*, por el intervalo del vn instrumento al otro:assi prevalece la disposicion vltima, aunq sea general. Exornat idem Paz *vbi proximè num.*245.

70 Y en quarto lugar por el discurso, pero en mi estimacion,por primero ab eodem Paz,*num.*156.vsurpavam el texto *in l. omnia.* 32.*aliàs.l.cum ita legatur.§.In fideicommisso ff.de leg.*2. en cuya especie, aun aviendo nominacion general de la familia(que totalmente falta en la fundacion deste Vinculo) siempre se à de estar a la provision especial, que cerca de llamamientos huviere, como aqui la huvo,reservando en qualquiera de los fundadores, para el caso de faltar Doña Maria Feliciana,y sus descendientes; *el nombrar la Persona,o Personas,Obras pias,y Patronatos,con las divisiones,llamamientos,instituciones,y vinculos,que qualquiera de ellos quisiesse*;como dize la Clausula.

71. El quinto fundamento es de Bartulo,y de Baldo *in l.*1.*C.de lib. præter.* por aquella circunstancia de la Clausula vltima en que los contrarios se fundan,ibi: *Y toda esta dicha facultad,y reserva que hazemos, segun,y en la forma ,y con las calidades que en este capitulo, y condicion se refieren,la emos de tener ambos à dos, &c.* De suerte,que hablan de la facultad, y reserva *de dicho Capitulo*,no de la que quedava *en el otro* â quo recessisse non videtur.*l. alumnæ.*30.*§. Qui filias. ff. de adimen. leg.* D.Valenç. Velazquez plures aducens. 2.*tom.cons.*133.*num.*45.

72 Sexto,porque para que la Clausula vltima derogue la antecedente,se ha de dar entre ellas tal contrariedad, que de ninguna manera puedan compadecerse,ni estar cada vna en su caso; y disposicion. Esto quando faltàran los fundamentos precedentes. Pero si admiten distincion,y se pueden de qualquier modo concordar, la Clausula posterior etiam derogatoria, no deroga la antecedente. Paulo de Castro *cons.*21.*num.*3.*part.*1. donde entiende la derogacion en estas Clausulas. *De his* [ait] *quæ repugnant simpliciter, & totaliter,quòd non possit cum distinctione iuvari; non autem de his, quæ repugnant secundum quid,& quæ possunt cum distinctione iuvari.* Trae este lugar Deciano *vol.* 2. *d. resp.*2. Surd. Menoch.& alij alati à Paz *d.cap.*57.*num.*160.

73 Septimo se notava,que en la primera Clausula no se reservò el nombrar *parientes*,sino *las Personas, Obras pias ,y Patronatos, con las divisiones,y Vinculos,&c.* Vt sæpiùs repetitum est,cõ que no ay mencion de linage,ni de familia. Pero nunca mas la ilustrò Iuan de la Fuente Almonte,ni con mas ampliacion, que en su testamento:porque siendo,como defienden,y prueban Don Francisco Domonte y Verastegui,y su hijo, los parientes mas immediatos,y proximos,assi del dicho Iuan de la Fuente Almonte, como de Doña Maria Verastegui su muger, les dexan los dos Vinculos

que se á referido, y en ellos el gràvamen de Armas, y Apellido, para que se conserve su memoria. Y dexa el Patronato para las parientas de su linage, numerádo las lineas de sus hermanos, como apuntamos arriba, para que se reconozca, que quien en esta disposicion anduvo tan operoso en contar sus deudos, si su intencion huviera sido en la primera fundacion llamar a su linage, no huviera hecho la reserva *para las Personas, Obras pias, Patronatos, &c.* Pero vsando desta reserva, dexa en su linage, y para sus parientes toda su hazienda con las divisiones, y vinculos de los dos Mayorazgos, y Patronato, vsando de la Clausula especial, y conservando por ella el nombre de su familia, aunque no tuvo dicha de que se sustétasse en sus descendientes. Iuvat in fortioribus terminis D. Larrea *d. decis. 33. num. 66.*

74 Y finalmente yo considerava en esta reserva el mesmo efecto, que en la de la Clausula del testamento del señor Rey Don Henrique: *E si muriere sin hijo legitimo, se tornen los bienes del que asi muriere a la Corona Real.* Alli Mayorazgo avia, pero reserva literal, como en nuestro caso: *A las Personas, Obras pias, y Patronatos, &c.* Dudose en mas fuertes terminos, si muriendo el posseedor sin hijos, aviendo descendientes del primero donatario, si debia suceder el mas carcano en el Mayorazgo, o avian de bolver los bienes a la Corona. Y aunque la mucha erudicion del señor Molina (que defendia al Conde de Oñate, siendo Abogado) pudo hazer dudosa la causa, y aun obtener alguna sentencia en ella, por primera sentencia, y por la vltima en segunda suplicacion a la persona Real, *à gravissimis iudicibus*, se obtuvo contra el señor Molina, vt ipse testatur *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 6. num.* 21. porque fue primero en la consideracion de tan grandes Iuezes, la reserva literal a la Corona, en falta de hijo del posseedor, que la naturaleza del Mayorazgo en lo general, ni la vocacion intelectual, o imaginaria, por conservacion de la familia. Pues cede la conjetura a lo expresso.

75 Sin embargo [que como emos dicho] vsando de la reserva Iuan de la Fuente Almonte, dirigiò toda su disposicion al lustre, y vtilidad de su linage, y parientes, y su memoria permanecerà en dichos Vinculos, pero mas indeleble en el Patronato, quanto mejor su fin: porque aunque los Mayorazgos se favorezcan, y su conservacion importe a la Republica; *vt ordinum dignitas, familiarumquè salva sit.* Text. *in l. 1. §. Sed et si servus. 13. ff. de inspic. vent.* Ex pluribus D. Valençuela Velazq. 2. *tom. cons.* 156. *num.* 93. *& cons.* 185. *num.* 31. D. Solorzan. *de Indiar. gubern. 2. tom. lib. 2. cap.* 16. *num.* 17. no es menos favorable el Patronato para Dotes de las parientas, para que dexa mil ducados a cada vna, que si eligen el estado de Religion, ya se vè quan alto fin lleva la disposicion: pues aun en los Gentiles, sus Virgines Vestales (cuya invenció atribuye Pedro Gregor. *sintagm. iur. vniver. lib. 15. cap. 17. num. 7.* al Demonio

monio en querer imitar a Dios en la consecracion de las Virgines a su culto. De quibus Vestalibus Alex. ab Alex. *lib. 5. cap. 12.* & politiores, quos adduxit idem Pet. Gregor. *sintax. artis mirab. lib. 40. cap. 11.*) despreciavan los derechos de las nuptias por instituto que pensavan tan sacro. Vt Prudent. *contra Symmach.* licet irridens:

Et amore deorum
Iusta maritandi contemnet vincula sexus.

Cum alijs pulchrè elaboratis à D. Ferd. de Mendoça *de consil. Iliberrit. confirm. ad Clement. VIII. lib. 2. cap.* 30.

76 Y si las parientas eligen el matrimonio, aun apud ethnicos,

Fuit hæc sapientia quondam
Concubitu prohibere vago, dare iura maritis.

vt cecinit Horat. *de art. poet.* Y pensaron los Romanos, que convenia tanto que huviesse dotes para que se casassen las mugeres, q̃ establecieron premios a los que casassen, considerandolos por dote que la Republica dava. Tertulian. *lib. 1. ad vxorem.* ibi: *Locabantur quodammodo velut mercede quadam onera matrimonij.* Y el mesmo Horatio *in carmin. sæcular.* llamò decretos divinos los q̃ aumentavan los premios del matrimonio:

Diva producas sobolem, patrumque
Prosperes decreta super iugandis
fœminis, prolisque novæ feraci
Lege marita.

Como tambien castigaron a los celibes Cuiac. *ad l. 2. verb. Altera causa. ff. de excus. tutor.* Bernat. *ad Statium Papin. lib 4. silvarum, pag.* 115. porque si vt accepimus ab ore Dei, *in multitudine Populi Dignitas Regis, in paucitate Plebis ignominia Principis.* Proverb. cap. 14. Y el mayor caudal del Imperio sea la multiplicacion que deseava Adriano *in l. cum ratio. 7. § Si plures. ff. de bon. damnat.* ibi: *Cum ampliari Imperium hominum adiectione potius, quã pecuniarum copia malim.* A que alude Plinio Cecilio *lib. 7. epis. 32.* sic: *Cupio Patriam nostram omnibus quidem rebus augeri, maximè tamen civium numero, id enim oppidis firmissimum fundamentum.* Y dezia Iustino *hist. lib. 2.* muy bien: *Patriam municipes esse non mœnia Civitatem, non in ædificijs, sed in civibus positam.* Para este fin no ay otro medio, que dotar a las mugeres, como dize Pomponio *in l. 1. ff. solut. matrim.* iunctis his quæ ex Bart. vsque ad Barbos. *in ea lege* repetuntur. Y lo juzgaron por tan necessario los Atenienses, que mandavan, que los deudos, o se casassen con sus parientas, o las dotassen. extollunt hanc legem Aticam Demosthen. *orat. adversus Macartatum.* Diodor. Siculus *Bibliot. hist. lib. 13. cap. 3.* de que se acordó Terencio *in phormione*, ibi:

Lex est, vt orbæ, qui sint genere proximi
Eis nubant.

Et rursus:

Id quod lex iubet,
Dotem dare abduce hanc, minasquinque accipe.

Y

77 Y por lo menos no falta quien diga, que los Mayorazgos particulares perdieron ya su buen instituto en el abuso de los posseedores, *& quod in perniciem Reipublicæ convertantur*. Y se á hecho opinable la materia, vt ex his quos congerit D. Castil. *in posthum. de aliment. cap. 36. §. vnic. ex num. 20.* Y lo que es libre de toda disputa es, que el Patronato de dotes sea Obra pia, y tanto, que antes las que no tuvieren aplicacion, le dio esta la Pragmatica *del año de* 1623. *cap.* 19. quæ iam in Recopil. *l. fin. tit. 2. lib. 5.*

78 Entre estas opiniones interpuso el punto de Cavallero, y la piedad de Christiano Iuan de la Fuente Almonte, dexando los dos Vinculos para sus mas immediatas lineas, y de su muger, y para las parientas de ambos dotes suficientes en la eleccion de su estado, considerandolas por la multitud de la familia, necessitadas deste sufragio. Y assi distribuyò su hazienda [conforme à la reserva, con las divisiones que por ella se le permitia] con la prudencia que deseava Lactancio *lib. 3. ad Eccle. Cathol.* cuyas palabras refiere el señor Valenzuela Velazq. *cons. 98. num.* 27 & verè illi conveniunt verba Cardin. Belarm. que dixo parafraseando el verso del Psalmo 111. *Dispersit, dedit pauperibus*, scilicèt: *Vt dederit potiùs multis parum, quam paucis multùm, vt multis provideret necessaria.* Et verè ex hoc, mas parece que el pleyto de Don Francisco Domonte es con su linage, que por èl: por cuyas parientas, como vnicamente interesadas en la disposicion deste difunto, la Casa de la Misericordia cumpliendo (vt exordiabamur) con la obligacion de su Instituto haze estas defensas, quibus auspicatur obtinere. Salva illustrissimi Senatus dignissima censura.

Lic. Don Francisco Ortiz de Godoy.